



Bogotá D.C.

Honorable Consejero:
Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C
Calle 12 No. 7-65 Piso 2 Palacio de Justicia
Teléfono: +57 (1) 3506700 Ext. 2235 - 2234 - 2223
Email: ces3secr@consejoestado.ramajudicial.gov.co
Bogotá D.C.

Medio de Control : Acción de Nulidad Simple
Radicado No. : 11001-03-26-000-2018-00164-00 (62492)
Accionante : Ivonne Adriana Díaz Cruz
Accionado : NACIÓN -Ministerio de Minas y Energía

CARLOS ALBERTO ALVAREZ PÉREZ, mayor de edad, abogado titulado y en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía N° 7.713.138 de Neiva (Huila) y portador de la tarjeta profesional N° 152629 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de la Nación -Ministerio de Minas y Energía-, creado por la Ley 2 de 1973, cuyas competencias se encuentran consagradas en los Decretos Nos. 636 de 1974, 2119 de 1992, 2152 de 1999 y modificados por el Decreto No. 070 de 2001 y el Decreto 0381 de 2012, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C.; en virtud del poder conferido, respetuosamente me permito presentar al Despacho, oposición al Impulso Procesal solicitado por la Actora en los siguientes términos:

I. SOBRE EL IMPULSO PROCESAL¹

“El principio dispositivo puede perfectamente convivir en un proceso cuyo impulso procesal le corresponda al juez, parece ser una premisa que no merece mayor discusión. La mayoría de la doctrina, incluso aquella que se presume garantista y contraria a todo activismo judicial², está de acuerdo en asignar el impulso y el control del proceso al juez. Resolver lo contrario, esto es, sustentar la incompatibilidad entre un proceso de corte dispositivo y la asignación al órgano

¹ Revista de Derecho JURISPRUDENCIA COMENTADA Vol. XXII - N° 1 - Julio 2009 Páginas 265-274. Comentario de Iván Hunter Ampuero.
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v22n1/art12.pdf>

² Montero Aroca, Juan: La Prueba en el Proceso Civil, Thomson Civitas, quinta edición, Navarra, 2007, p. 520.



jurisdiccional de un deber impulso procesal, es desconocer dos ideas consolidadas en el Derecho Procesal moderno.

El principio de aportación de parte se conecta directamente con los derechos subjetivos e intereses legítimos objeto de la tutela, frente al cual el juez carece completamente de potestad. En este sentido, se le prohíbe iniciar de oficio un proceso, colocar hechos no alegados por las partes y otorgar más de lo pedido por los litigantes.

Al mismo tiempo, el proceso dispositivo reconoce a los litigantes la libertad para disponer del objeto del proceso, renunciando a la pretensión, desistiéndose o aviniendo. La plenitud en la actuación de estas máximas es lo que caracteriza e identifica a un proceso como auténticamente dispositivo y no el monopolio exclusivo de las cargas procesales sobre las partes.

Esto significa que un proceso donde el principio dispositivo sea estrictamente actuado no se pone en entredicho con la asignación al órgano jurisdiccional de roles de impulso procesal, como tampoco con la de poderes probatorios. Es más, los modelos procesales contemporáneos se alejan de los sistemas del siglo XIX, propiamente liberales, donde el juez quedaba "atado de manos" y entregado al ritmo que las partes impusieran al proceso.

Por el contrario, la tendencia camina hacia el aumento, en todo orden, de las potestades del juez y a la necesidad de buscar un justo equilibrio con las facultades que se le reconocen a las partes. Así, se sostiene hoy en día que el proceso dispositivo no va ligado en términos de necesidad al impulso procesal privado, pudiendo lograrse una plena armonía entre un proceso de orden dispositivo y el impulso oficial. La incompatibilidad sólo sería posible si el ordenamiento atribuye al órgano jurisdiccional el monopolio exclusivo del andar procesal excluyendo a las partes de toda iniciativa en tal sentido.

(...) dentro del proceso conviven y se encuentran el interés del justiciable que pide tutela por medio de la acción y el del Estado, por medio de la jurisdicción que está en el imperativo de otorgar la tutela pedida (sea favorable o desfavorable). La conjunción de ambos intereses proyecta su contenido en toda la actividad procesal, especialmente en la actividad de impulso que perfectamente puede recaer, ya sea en forma general o sea de forma específica, en el órgano que ejerce la jurisdicción. De ahí que se predique, según Ramos Méndez, la autonomía de la judicatura para la consecución de los actos del proceso.

Si un justiciable realiza la petición de tutela que habilita al tribunal para el desarrollo de un proceso no parece razonable que el ordenamiento le exija a ese justiciable impulsar el proceso para alcanzar la tutela definitiva a sus derechos e intereses legítimos. En este sentido, el órgano jurisdiccional si ha sido requerido debe propender a prestarla dentro de los límites impuestos y fijados por la pretensión. Así lo propugna también Sentís Melendo al explicar que cuando una persona en su día recurrió al tribunal ejerciendo una acción, pidiendo una sentencia favorable a sus intereses, ya ha dado al mecanismo todo el impulso que necesita y no hay motivo para que el ordenamiento le exija, para cada trámite o etapa, impulsar el proceso hasta la sentencia final³.

Ahora bien, para el caso en concreto, resulta que la Actora presentó el día 29 de enero de 2019 "solicitud de impulso procesal", tan solo un (1) día después de haberse notificado el Auto Admisorio de la Demanda (28 de enero de 2019) y mientras se corre el traslado dispuesto por el Artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

³ Cfr., Sentís Melendo, Santiago: "Perención de la instancia y carga procesal", Estudios de Derecho Procesal I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 338.



Administrativo), en este orden de ideas y de acuerdo con la doctrina citada, se tiene que el Honorable Consejo de Estado ha atendido en forma pertinente los tiempos establecidos en el CPACA para adelantar los estadios propios de la Acción de Nulidad Simple incoada por la Actora, que dicha carga de impulso procesal no ha sido trasladada a esta y que el trámite del proceso se surte conforme a la Ley, teniendo en cuenta que conforme a la fecha de notificación de la Demanda al Ministerio de Minas y Energía, en concordancia con el término de traslado para la contestación, se tiene que mi representada tiene como fecha límite para presentar la respuesta a la Acción y proponer las excepciones correspondientes hasta el 23 de abril de 2019.

Ahora bien, en cuanto a la medida cautelar requerida, sobre la cual la Actora requiere a su vez al Despacho, que se efectúe el impulso procesal, se tiene que el Honorable Consejo de Estado puede a su turno solicitar pruebas y adelantar el trámite correspondiente bajo cuerda procesal diferente como lo señala el CPACA, en consecuencia, para el suscrito, no puede pretender la Actora que con la resolución de medida cautelar se efectúe una especie de sentencia "anticipada", máxime cuando en esta cuerda procesal no se discuten argumentos de Hecho o de Derecho de fondo.

Finalmente, en sustento de lo enunciado, se presenta como improcedente la solicitud de impulso de la Medida Cautelar solicitada por la Actora, bajo los siguientes argumentos:

Consideración Previa sobre la no procedencia del impulso procesal y el pronunciamiento existente en dicho escrito, sobre nuevas Resoluciones proferidas por el Ministerio de Minas y Energía.

Consideramos fundamental tener en cuenta que la demandante insiste en que con la expedición de la normativa que rige *el mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*, el Ministerio de Minas y Energía está limitando o afectando la competencia y que por esta razón es necesario que la Superintendencia de Industria y Comercio.

Al respecto consideramos necesario exponer lo siguiente:

La situación actual del mercado de energía mayorista refleja un mercado con altos grados de concentración, que debido al mecanismo de expansión de Cargo por Confiabilidad se ha concentrado aún más sin permitir la entrada de nuevos competidores.

En un concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio⁴, dicha entidad señaló lo siguiente en relación con la competencia económica en el mercado de energía mayorista y su relación con el esquema del Cargo por Confiabilidad. En palabras de esa Superintendencia:

*"Esta Superintendencia analizó los resultados obtenidos en las subastas del **Cargo por Confiabilidad** realizadas en 2008, 2011 y 2012 y se puede inferir lo siguiente: i) el **Cargo por Confiabilidad** habría coadyuvado a que los líderes del mercado de energía eléctrica consoliden su posición a través del aumento de su capacidad de generación; y ii) el **Cargo por Confiabilidad** ha sido efectivo para atraer la inversión de **nuevos competidores** al mercado.*

En este orden de ideas, conviene mencionar que, para la Superintendencia de Industria y Comercio, el motivo de inquietud no se origina por la falta de inversión en nuevas plantas, sino que tales nuevos proyectos fueron desarrollados principalmente por los líderes de mercado y no por otros incumbentes o por firmas entrantes.

⁴ Concepto con radicado No. 17-316975-1-0.



Frente a lo anterior, vale la pena destacar que el diseño de subastas que favorezcan el ingreso de nuevos competidores al mercado ha sido un objetivo que esta Superintendencia ha promovido activamente en el pasado. El caso más significativo fue en el sector de telecomunicaciones, con la subasta de espectro 4G del 2013, en donde la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que una subasta abierta, con igualdad de condiciones para los participantes, ocasionaría que el líder del mercado consolidara su posición.

En consecuencia, esta Superintendencia recomendó al Ministerio de Tecnologías de la Información "que en los términos de adjudicación de espectro radioeléctrico se definan incentivos, mecanismos y condiciones para propiciar el ingreso de al menos un nuevo operador en el mercado"⁵. (Destacado fuera de texto). El Ministerio mencionado acogió la recomendación y los ajustes en los términos de la subasta permitieron que los consumidores del mercado de telecomunicaciones se beneficiaran con el ingreso de dos nuevos jugadores al mercado.

(...)

*El análisis de los resultados de las subastas del **Cargo por Confiabilidad** realizadas en 2008, 2011 y 2012 realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio evidencia dos hechos que llaman la atención: i) el impacto de la regulación en las empresas existentes ha sido la consolidación de los líderes del mercado en términos de aumento de la capacidad de generación; y ii) el impacto de la regulación en el ingreso de nuevos competidores ha sido muy bajo debido a los escasos proyectos promovidos por entrantes en el marco del **Cargo por Confiabilidad**⁶."*

De acuerdo con lo expuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio, el mercado eléctrico mayorista colombiano presenta altos niveles de concentración, característicos de un mercado oligopólico. Además, las subastas del Cargo por Confiabilidad, si bien han contribuido a la expansión del parque de generación, también han consolidado la posición de los agentes líderes del mercado.

En este orden de ideas, desde el punto de vista de la libre competencia económica, al mercado le traería beneficios la entrada de nuevos agentes que por medio de sus ofertas contribuyan a la formación de un precio eficiente, especialmente en mecanismos que permitan la entrada en el mercado, de proyectos que tengan cada vez menos impactos ambientales.

El mecanismo propuesto de subastas de contratación de largo plazo fundamentadas en el Decreto 570 de 2018 busca proyectos de generación que le brinden nuevos atributos a la matriz de generación de energía eléctrica. De esta manera, cualquier tipo de tecnología o proyecto que le ofrezca esos atributos a la matriz podrá participar y ofrecer la venta de su energía. Frente a lo anterior, vale la pena destacar que este tipo de atributos, como están definidos, los pueden ofrecer nuevos proyectos de generación y que en los registros de generación de la Unidad de Planeación Minero Energética se evidencia la gran participación de nuevas empresas que reducirían la concentración del mercado.

Como lo manifestamos en la oposición a las medidas cautelares, mediante nuevas Resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018, el Ministerio de Minas y Energía sí envió el mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica, de forma que este mecanismo (que debe ser entendido como un solo mecanismo) fuera analizado por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de que se surtiera sobre este, el análisis de abogacía de la competencia.

Al respecto es muy importante tener en cuenta, como se expone a continuación, que aunque la demandante afirma que se presentó una reforma a las resoluciones demandas, lo cierto es que en la solicitud de decreto de medidas cautelares, la demandante no especificó en forma alguna, cuáles eran las disposiciones de las Resoluciones 40791 y 40795 de 2018, que generaban una

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Radicado No. 12-182715 del 25 de septiembre de 2012. En la misma línea, ver los conceptos emitidos por esta Superintendencia con el número de radicado 13-14194-1 del 8 de febrero de 2013 y 13-33327-3 del 7 de marzo de 2013.

⁶ Algunas de las ideas de esta sección son tomadas del documento borrador interno de trabajo "Concepto CxC" del grupo de Abogacía de la Competencia de abril del 2016.



supuesta obligación por parte del Ministerio de Minas y Energía, de adelantar el trámite de abogacía de la competencia ante la SIC, con lo cual no es posible que ahora pretenda señalar que existe un supuesto vicio en las resoluciones, cuando este Ministerio ya ha probado que presentó el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica* ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en razón a que las Resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018 surtieron el trámite de abogacía de la competencia ante la Superintendencia de Industria y Comercio, con lo cual se obtuvo concepto por parte de dicha Superintendencia, en relación la abogacía de la competencia, respecto del *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*.

En esa medida, exponemos a continuación los argumentos del porqué se considera improcedente la solicitud de impulso al proceso presentada:

1. Improcedencia del impulso de la resolución de la medida cautelar solicitada contra el Decreto 570 de 2018 y las Resoluciones 40791 y 40795 de 2018, por no ser actos administrativos contra los que se pueda exigir en la actualidad, un reproche jurídico como el presentado por la parte demandante.

Adicionalmente, las Resoluciones 40791 y 40795 no pueden ser objeto de evaluación para una eventual declaratoria de medida cautelar de suspensión provisional, toda vez que actualmente el mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica, se encuentra regido por lo dispuesto en las resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018, por lo cual no existe actualmente el objeto sobre el cual versó la demanda y la solicitud de medidas cautelares

Si bien en julio de 2018 fueron expedidas las resoluciones 40791 y 40795 con el fin de que estas rigieran el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica* y si bien es cierto que dichas resoluciones fueron enviadas a la SIC para que se surtiera el trámite de la abogacía de la competencia, (lo cual como se explicará más adelante se consideró y se considera que no era necesario, toda vez que con estas no se afectaba ni se limitaba el mercado), lo cierto es que dichas resoluciones no existen actualmente en la forma en que fueron demandadas.

En ese orden, los argumentos y acusaciones contra la forma en que fue expedido el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*, regido por las resoluciones 40791 y 40795 de 2018, no pueden mantener su vigencia, toda vez que la arquitectura normativa que rige el mecanismo de contratación en cita, ya es otro, por lo que todo reproche contra dicha estructura normativa carece de objeto.

En efecto, en auto de dos (2) de febrero de dos mil dieciocho (2018) (M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto), el Consejo de Estado señaló:

El Despacho anota, que en los casos en que las normas respecto de las cuales se depreca la medida cautelar de suspensión provisional han sido modificadas o derogadas, no es procedente su decreto. Así lo señaló la Sala en providencia de 29 de enero de 2014⁷:

(...) 1.3 La suspensión provisional, además, es una medida cautelar que apunta a enervar la eficacia, los efectos, del acto administrativo, como se colige no solo de la doctrina y la jurisprudencia, sino también del artículo 91.1 de la Ley 1437 de 2011.

Esa misma disposición, se expresa, igualmente, que hay pérdida de la fuerza ejecutoria cuando el acto administrativo “pierde vigencia” – artículo 91.5-, lo que ocurre cuando

⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta. C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad. 110010327000-2013-00014-00 (20066).



se presenta el fenómeno de derogación de la norma, entendido como "el acto de proceder, mediante disposición posterior, a dejar sin efecto, en todo o en parte, un precepto jurídico precedente"⁸.

2. Es decir, que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo no es procedente cuando la norma acusada ha sido modificada o derogada, por cuanto dicha suspensión parte del supuesto de vigencia."

Se tiene con lo anterior que con posterioridad a la presentación de la demanda y de la solicitud de declaratoria de medidas cautelares, el Ministerio de Minas y Energía expidió las resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018, en relación con el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*.

Aun cuando se consideraba que estas resoluciones, así como las anteriores 40791 y 40795 de 2018, no debían surtir el trámite de abogacía de la competencia ante la SIC, pues no generan un impacto negativo ni restringen la competencia, como se explicará más adelante y de lo cual es prueba el que se haya contestado negativamente el cuestionario proporcionado por la SIC para tales efectos, el Ministerio de Minas y Energía decidió acudir a dicha instancia, con el fin de que fuera ésta superintendencia quien evaluara las posibles restricciones o limitantes a la competencia que pudiera generar el mecanismo de contratación de largo plazo al que se ha hecho referencia.

Así las cosas, se lee en los considerandos tanto de la Resolución 41307 de 2018, como de la Resolución 41314 de 2018, que:

(...) conforme a lo señalado en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y sus actos administrativos reglamentarios, se respondió al cuestionario establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC para evaluar la incidencia sobre la libre competencia de los mercados. La respuesta al conjunto de preguntas fue negativa, en la medida que se consideró que el mecanismo promueve la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica, complementario a los mecanismos existentes en el mercado de energía mayorista, no plantea ninguna restricción indebida a la libre competencia.

Que no obstante lo anterior, este mecanismo fue remitido a la SIC para conocimiento de dicha entidad y para que, en caso de considerarlo conveniente, emitiera su pronunciamiento en materia de abogacía de la competencia

En respuesta a lo anterior y después de estudiar a la luz de la abogacía de la competencia, el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica*, la SIC sólo formuló un comentario en el siguiente sentido:

Incluir una disposición que genere certeza acerca de que a medida que aumente la presencia de nuevos proyectos de generación y se diversifiquen las fuentes de generación, se permita una libre competencia entre proyectos de generación nuevos y existentes, y se reduzca la discrecionalidad del Ministerio para limitar la subasta a un solo tipo de proyectos.

A su vez, el Ministerio de Minas y Energía, en razón a la recomendación de la SIC, incluyó una disposición en el artículo 11 de la Resolución 41307 para dar respuesta a tal observación.

Se ve con lo anterior, que no sólo se ha dejado de existir el objeto de los argumentos y los reproches contra las resoluciones demandas, sino que adicionalmente, se tiene que el *mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo*

⁸ OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Hellasta, Buenos Aires, 1981, p. 241.



para proyectos de generación de energía eléctrica, ya fue consultado a la Superintendencia de Industria y Comercio para que se surtiera el trámite de abogacía de la competencia. Adicionalmente, como se demuestra, el Ministerio de Minas y Energía recibió comentarios por parte de dicha entidad, los cuales fueron tenidos en cuenta para la expedición de las nuevas resoluciones, con lo cual se ha perdido completamente, aun cuando en todo caso no fuera de recibo, el reproche en relación con la supuesta pretermisión del trámite de abogacía de la competencia.

Se reitera en ese sentido, que el Ministerio de Minas y Energía sí llevó el mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica a la Superintendencia de Industria y Comercio, al presentar los proyectos de resolución que regularían el mismo, esto es, las Resoluciones 41307 de 2018 y 41314 de 2018, a la Superintendencia de Industria y Comercio, con lo cual el reproche que se expone en relación con que los actos que desarrollaron el Decreto 570 de 2018 están viciados de nulidad y deben ser suspendidos, ha sido superado, tanto así que existen nuevas resoluciones que establecen el mecanismo en mención, por lo cual no se puede decir que el procedimiento para la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica, no fue radicado en la Superintendencia de Industria y Comercio para cumplir el trámite de abogacía de la competencia.

Adicionalmente se debe insistir en que la Superintendencia de Industria y Comercio, adelantó efectivamente el análisis en relación abogacía de la competencia en relación con el mecanismo que promueve la contratación de largo plazo para la contratación de largo plazo para proyectos de generación de energía eléctrica, tanto así que manifestó su opinión oficial sobre el mismo a través del oficio 18-332125 -1-0 de 21 de diciembre de 2018 (se anexa a este escrito), en el cual únicamente formuló una recomendación, tal y como se señaló arriba.

1.1. La solicitud de impulso de declaratoria de medida cautelar no incluye ninguna explicación o desarrollo del porqué dicha resolución o de cuáles apartes o disposiciones específicas de las resoluciones tienen un supuesto impacto en la competencia y en qué forma.

Es fundamental tener en cuenta que el artículo 2.2.2.30.3. del Decreto 1074 de 2015, establece como causales por las cuales se considera que una regulación tiene efecto en la competencia, las siguientes:

*"1. Tenga por **objeto** o pueda tener como **efecto limitar** el número o variedad de competidores en uno o varios mercados relevantes; y/o*

*2. Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por **objeto** o pueda tener como **efecto limitar** la capacidad de las empresas para competir, **reducir** sus incentivos para competir, o **limitar** la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados. (negrita fuera del original).*

Como se ve, el decreto señala como verbos rectores para determinar la incidencia de un acto de regulación en la competencia, que tenga una influencia negativa en la competencia, esto es, que limite o reduzca la competencia. Se tiene con esto que existe un estándar establecido por el mismo decreto, que se debe demostrar para probar que en efecto el acto administrativo debió haber ido a la SIC (por tener un objeto o efecto que limitaba o reducía la competencia) y no que no cumplió con dicho trámite.

En esa medida, aún cuando como se explicó arriba no existe actualmente el objeto sobre el cual recaía el reproche de la demandante, es importante anotar que en todo caso, la solicitud de medidas cautelares no cumplió con forma alguna, la carga que le corresponde asumir para desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo, al menos para que se decrete su suspensión.



En efecto, si bien la demandante expresa varios señalamientos en contra del Decreto 570 de 2018 (los cuales como ya se vio arriba y como se señalará abajo, no son de recibo), principalmente repitiendo lo expresado por la SIC en algunas comunicaciones enviadas al Ministerio de Minas y Energía, no se identifica en ningún lugar del escrito, que la demandante se refiera en específico contra alguna de las disposiciones de las Resoluciones 40791 y 40795.

En efecto, la demandante en la solicitud de decreto de medidas cautelares no asume ninguna carga argumentativa y ni siquiera hace el esfuerzo de señalar y desarrollar la forma en que supuestamente dichas resoluciones tienen una incidencia en la libre competencia, menos aún la forma en que dicha incidencia *restringe o limita* la competencia.

Incluso más preocupante aún, es que la demandante en la solicitud de declaratoria de medidas cautelares, no indica disposiciones específicas de las Resoluciones 40791 y 40795, artículos, incisos o párrafos, que pudieran identificarse que tienen como objeto o efecto tener una incidencia en la competencia, por lo que es imposible determinar cuáles de estas disposiciones podrían haber generado esa duda en la demandante, ni cuál sería el motivo de tal duda, ni como eso podría afectar la competencia.

Este punto es determinante en el sentido que aun cuando se trate de la solicitud de una medida cautelar, o mejor, aún más porque se trata de una solicitud de este tipo, es preciso que la demandante demuestre con suficiente carga argumentativa, que se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo.

Es fundamental recalcar que todo acto administrativo se presume legal hasta que un juez no lo declare nulo o hasta que se suspenda provisionalmente. Esta *presunción*, exige que sea el demandante quien deba asumir una carga especial para demostrar que efectivamente el acto no es legal o puede no ser legal. En todo caso, en cualquier proceso, el acto inicia asumiéndose como legal y el ejercicio argumentativo y probatorio debe llevar a desvirtuar tal situación si se quiere lograr la suspensión del acto administrativo.

Un entendimiento contrario, significaría que con cualquier demanda o presentación de solicitud de medidas cautelares, y simplemente enunciando una opinión subjetiva de creencia de ilegalidad, se lograría que el acto administrativo fuera suspendido. Esto haría imposible el desarrollo la administración pública y del Estado, razón precisamente por la cual se exige del demandante, que adelante un ejercicio de demostración de que dicha presunción debe ser desvirtuada.

En este caso sin embargo, como se hace evidente de la solicitud de medidas cautelares, no existe desarrollo de un ejercicio probatorio y argumentativo alguno, en relación con las razones por las que las disposiciones contenidas en las resoluciones 40791 y 40795 tienen una incidencia en el mercado.

No se preocupa la demandante ni si quiera por citar alguno de los artículos de estas resoluciones, ni a desarrollar cuál es el objeto o el efecto que dicha disposición específica tiene sobre la competencia, en especial en términos de limitar o restringir esta, pues se recuerda que la demandante sólo se refiere a algunos argumentos en relación con el decreto, sin hacer ninguna acusación específica en relación con las resoluciones.

Es importante destacar que tal falta de claridad y de ejercicio argumentativo y probatorio en relación con las razones por las que las resoluciones atacadas están supuestamente viciadas de nulidad, afecta definitivamente el derecho a la defensa del demandado, toda vez que es imposible determinar cuáles son las causas, cuáles las disposiciones, cuáles los supuestos efectos por los cuales dichas resoluciones tenían que surtir el trámite de abogacía de la competencia, con lo cual se hace imposible determinar por qué dichas disposiciones no tenían que surtir tal trámite o para demostrar que estas efectivamente sí surtieron el mismo.



Es fundamental que se tenga en cuenta que la presunción de legalidad de los actos administrativos no se puede tornar en una presunción de ilegalidad de los mismos, lo cual sucedería si se accede a una solicitud de medida cautelar, con la sola opinión personal y subjetiva, de que existe un vicio de nulidad respecto de dichas resoluciones, sin entrar a demostrar argumentativa y fácticamente, por qué eso es así.

2. El Decreto 570 de 2018 no es un acto administrativo sujeto al trámite dispuesto por la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 2897 de 2010, compilado en el Decreto 1074 de 2015, toda vez que se trata de un acto administrativo expedido por el Presidente de la República.

Si bien la Ley 1340 de 2009 dispone que "(...) **las autoridades de regulación** informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir" (negrita fuera del original), fue el Decreto 2897 de 2010, compilado en el Decreto 1074 de 2015, el que determinó cuáles serían estas **autoridades de regulación** sujetas al régimen de la abogacía de la competencia regido por la Ley 1340 de 2009 y el mismo Decreto 2897 de 2010.

En ese orden, se tiene que el Presidente de la República ejerció sus facultades constitucionales, dispuestas en el numeral 11, artículo 189 de la norma superior, para reglamentar la Ley 1340 de 2009 y así dar una cumplida ejecución de tal ley.

En ejercicio de tal competencia, la reglamentación de la ley en mención delimitó el campo de aplicación del trámite de la abogacía de la competencia, de forma tal que desarrolló cuáles son las autoridades de regulación de las que trata el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, así como los proyectos de regulación que deben informarse a la Superintendencia de Industria y Comercio y las excepciones al deber de informar, entre muchas otras.

En este ejercicio de reglamentación, con el fin de dar cumplida ejecución a la ley (tal y como lo señala la Constitución⁹), el artículo 2 del Decreto 2897 de 2010, compilado en el artículo 2.2.2.30.2 del Decreto 1074 de 2015, dispuso en relación con las entidades que tienen el deber de informar sobre proyectos de regulación, lo siguiente:

*Para los fines a que se refiere el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009 deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo con fines regulatorios que se propongan expedir **los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias con o sin personería jurídica, Unidades Administrativas Especiales con o sin personería jurídica y los establecimientos públicos del orden nacional.***

***Parágrafo.** No estarán sujetos al presente capítulo los organismos y entidades a que se refiere el artículo 40 de la Ley 489 de 1998. (Negrita y subrayado fuera del original).*

Como se ve, entre las autoridades enumeradas en el artículo citado no se incluye ni al Presidente de la República ni al Gobierno Nacional, lo cual inmediatamente excluye que los decretos del orden nacional, expedidos en virtud de las facultades presidenciales dispuestas en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, estén sujetas al trámite de abogacía de la competencia al que se refiere el Decreto 2897 de 2010.

Efectivamente, el artículo del decreto recién señalado que dispone las entidades cubiertas por el régimen que dicho decreto abarca, incluye ministerios y departamentos administrativos, entre otras entidades. No obstante, ninguna de estas entidades expide decretos reglamentarios y por lo tanto no puede decirse que una de las autoridades señaladas en dicho numeral, haya expedido el Decreto 570 de 2018, respecto del cual se solicita la suspensión.

⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 189, numeral 11.



Se tiene en ese orden, que la Constitución Política dispone como competencias del **Presidente de la República**, las de expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Así lo dispone expresamente el ya citado artículo 189 superior, en su numeral 11:

Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

11. **Ejercer la potestad reglamentaria**, mediante la expedición de los **decretos**, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. (Negrita y subrayado fuera del original).

En ese orden de ideas, se tiene que el Decreto 570 de 2018 dispone de forma expresa en relación con la autoridad y las competencias en virtud de las cuales se expide el acto administrativo, que “[e]l **Presidente de la República de Colombia**, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral **11 del artículo 189 de la Constitución Política** y los artículos 2° de la Ley 143 de 1994 y 6° y 7° de la Ley 1715 de 2014, y considerando (...) decreta (...)”. (Negrita y subrayado fuera del original).

Es claro a partir de lo anterior, que la autoridad que expide el Decreto 570 de 2018 es el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades y competencias constitucionales, lo cual excluye que dicho acto administrativo haya sido emitido por alguna de las autoridades mencionadas en el artículo 2.2.2.30.2 del Decreto 1074 de 2015.

Debe resaltarse que si bien es cierto, el Decreto 570 de 2018 también fue suscrito por el Ministro de Minas y Energía de la época, ello no implica en forma alguna que el acto administrativo pueda atribuirse como un acto de dicho ministerio.

En efecto, el artículo 115 de la Constitución Política dispone:

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho se hacen responsables.

En ese orden, si bien el Decreto 570 de 2018 también fue suscrito por el Ministro de Minas y Energía, eso no hace de dicho decreto un acto administrativo que se hubiera propuesto expedir dicho ministerio, pues como se ha señalado, la expedición de los decretos reglamentarios en el orden nacional le corresponde al Presidente de la República, por competencia asignada directamente de la Constitución, los cuales son firmados por los ministros porque en conjunto con el Presidente conforman el Gobierno Nacional, lo cual no puede decirse, según la norma arriba citada, de un ministerio actuando sin el Presidente de la República.

Así las cosas, se tiene que el artículo 2 del Decreto 2897 de 2010, compilado en el artículo 2.2.2.30.2 del Decreto 1074 de 2015, no incluyó ni al Presidente de la República ni al



El futuro
es de todos

Minminas

Gobierno Nacional entre las autoridades que debían enviar sus proyectos de regulación a la Superintendencia de Industria y Comercio para una evaluación de la abogacía de la competencia.

Lo anterior, como pasamos a explicar, tiene una razón de ser jurídica y filosófica que explica por qué los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, no se encuentran sujetos al trámite ya referido de la abogacía de la competencia.

2.1. El Presidente de la República es el superior de la Superintendencia de Industria y Comercio y su competencia constitucional para el ejercicio de la facultad reglamentaria debe ser permanente e inmediata y no puede estar supeditada a la voluntad y trámites de otra entidad de menor jerarquía.

Como se señaló arriba el artículo 189 de la Constitución Política dispone que el Presidente de la República es el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y la Suprema Autoridad Administrativa. El mismo artículo dispone con claridad, que las superintendencias forman parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

En el mismo orden, la Ley 489 en su artículo 38 al disponer la organización de la Rama Ejecutiva del Poder Público, enumeró a las superintendencias, con y sin personería jurídica, como entidades pertenecientes a tal rama de la administración pública, inferiores en jerarquía al Presidente de la República.

Por otro lado, el Decreto – Ley 775 de 2005 dispuso en sus artículos 7 y 10, que los superintendentes son servidores públicos de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

Lo anterior demuestra con claridad que el Superintendente de Industria y Comercio es un empleado público jerárquicamente inferior y dependiente del Presidente de la República.

Así las cosas, no tendría sentido, desde un punto constitucional y político-filosófico, que el Presidente de la República, cuando fuera a expedir una reglamentación para la debida aplicación y ejecución de la ley, tal como lo ordena la Constitución, tuviera que estar sujeto y depender de que se surta un trámite ante una entidad jerárquicamente inferior, que adicionalmente no fue elegida popularmente y que en ese orden, no tiene el mandato directo, tanto del constituyente como del electorado, para ejercer la debida ejecución de las leyes.

Se tiene en efecto, como ya se ha reiterado en el presente documento, que el Presidente de la República tiene la competencia y el mandato, que proviene directamente del constituyente, de expedir los decretos, resoluciones y órdenes *necesarios* para la cumplida ejecución de la ley¹⁰. Esta disposición tiene un contenido que debe ser entendido con la profundidad con la que siempre la han abordado tanto en el Consejo de Estado, como en la Corte Constitucional, en el sentido que el constituyente le dio una competencia permanente e inmediata al Presidente de la República para adoptar las medidas *necesarias* para la adecuada y debida ejecución de la ley.

Lo anterior quiere decir, como lo ha expuesto reiteradamente el Consejo de Estado¹¹, que como la competencia para reglamentar las leyes está dada directamente por la Constitución, ni siquiera el legislador puede limitar temporalmente dicha potestad, ni supeditarla al cumplimiento de otros trámites no señalados en la Constitución.

Así las cosas, aun cuando el Congreso de la República establezca un término de por ejemplo 6 meses para que el Gobierno Nacional reglamente alguna ley, esto no puede no

¹⁰ Ibidem

¹¹ Sentencia Consejo de Estado, 18 de noviembre de 1999 (M.P. Ricardo Hoyos Duque).



quiere decir que el Presidente de la República pierda la competencia para reglamentar dicha materia después de pasado tal término.

En ese mismo orden, tampoco es posible que la ley disponga que el Gobierno debe esperar por ejemplo 3 meses antes de reglamentar una ley, pues ello sería violatorio de la competencia *permanente e inmediata* que el constituyente otorgó al Presidente de la República para que este, sin límite de tiempo y directamente, pudiera hacer que las leyes se cumplieran en debida forma.

Si pudiera señalarse una limitación de este tipo al Presidente de la República, se estaría incumpliendo tal mandato constitucional, pues el Gobierno Nacional se encontraría con una barrera para darle cumplida ejecución a las leyes. Esto por supuesto, es explícitamente contrario a la voluntad del constituyente.

En ese mismo orden de ideas, si para el Congreso de la República, quien actúa por un mandato directo de la voluntad popular, encargado por la misma razón de expedir leyes, le está vedado imponer límites temporales o volver mediata la competencia que tiene el Presidente de la República de reglamentar la ley **¿por qué se pensaría que tal atribución si la tendría la Superintendencia de Industria y Comercio?**

En efecto, si se exigiera que el Presidente de la República, de manera previa a expedir un decreto reglamentario, tuviera que acudir a la Superintendencia de Industria y Comercio, no sólo se estaría sujetando la voluntad del Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativo, mandatario de los colombianos, a la voluntad de un subalterno suyo y no elegido por el electorado, sino que también se le estaría dando el poder a dicha Superintendencia para que sujetara la expedición de la reglamentación, a un límite temporal que ni siquiera el Congreso de la República le puede imponer al Presidente de la República para la expedición de la ley.

Efectivamente, aun cuando el concepto que emite la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no es vinculante, tal como lo dispone el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, el trámite para la expedición de tal concepto sí exige unos plazos dentro de los cuales dicha autoridad puede pronunciarse. Así, el Artículo 2.2.2.30.10. del Decreto 1074 de 2015 señala el plazo que tiene la SIC para pronunciarse, los cuales pueden ser 10 o 30 días, según el tipo de reglamentación.

Lo anterior quiere decir que por más eficiente que sea dicha superintendencia, al menos se va a demorar un día evaluando el acto administrativo (suponiendo el caso más extremo de eficiencia posible).

Aun así, esto implicaría, si dicho trámite aplicara para la expedición de decretos reglamentarios por parte del Presidente de la República, un límite temporal para la expedición del acto administrativo, pues tendría que esperar al menos un día (o más según cuanto se demore en analizar la respuesta de la SIC e incluir sus consideraciones en el acto), para poder expedir una reglamentación necesaria para la debida aplicación de la ley. Lo anterior limitaría inmediatamente la *competencia permanente* que tiene el Presidente de la República para ejercer su facultad reglamentaria, lo cual sería abiertamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico, pues se repite, limitar dicha competencia atemporal del Gobierno Nacional está vedado incluso para el Congreso de la República.

El caso anterior se hace mucho más evidente, si se piensa que en la mayoría de los casos la SIC se va a tomar más de un día en analizar el proyecto de acto administrativo, por lo cual el Presidente de la República tendría que esperar al menos 10 días para reglamentar una ley, lo cual podría conllevar adicionalmente que, en casos de urgencia, ya sea tarde para darle una cumplida ejecución a la ley, lo que haría que el Presidente de la República incumpliera el mandato dado por el constituyente.